EXCEPCIONES,

QUE HA OPUESTO, Y EXPONE Alexandro Ripoll, en nombre del señor Don Thomàs Martinez Galindo, como tutor de Don Francisco Clara y Muro, en el de Don Vicente Clara y March, y de Doña Francisca Clara y Sanz, interesados en el mayorazgo que fundò Don Antonio Clara el mayor.

CONTRA

LA DEMANDA DE DON JUAN, Y Don Sebastian Mathias Monge, sobre ciertas mejoras, que estos pretenden aver hecho en una casa de la calle de la Corona, recayente en dicho mayorazgo.

EXCEPCION I.

1 LA primera excepcion es, no aver en la casa mejoras algunas. Para cuya inteligencia se han de tener presentes los hechos que resultan de los autos: esto es, que el año de 1707. quando la ocupò el fisco, tenia corrientes, y habitables todos sus quartos, y oficinas, como tambien la cocina: que aviendola hecho Hospital de la misericordia, con la gran copia de agua, que estando los pobres echavan por los conductos, y el poco cuidado de limpiarlos, se pudriò la pared exterior, que era de tapia, y flaqueando èsta, se cayeron los techos, y suelo pisador de la cocina: que quando salieron los pobres, y despues que los Monges tomaron possession de la casa, aun

estavan en ella todos los reboltones, bigas, madera, ladrillos, y material de la ruìna, como tambien un rexado grande de barrones de hierro en el patio, que cerrava el huerto, y el escudo de armas de piedra sobre la puerta de la calle: que los dichos Monges se aprovecharon de todo; pues en la obra se reconoce aver mucha madera, y ladrillo de la ruìna: otra porcion confiessan aver vendido à la Ciudad: y tambien consta, que vendieron dos quadernos à Don Joseph Faus en 11. lib. el rexado de hierro falta del patio; el escudo de armas confiessan averlo roto, y puesto las que aora estàn, que dizen ser las suyas.

2 En este pleyto se han hecho dos vistas de ojos: la una por expertos, que nombraron las partes; y la otra por los que de oficio ha nombrado la Sala en discordia de los antecedentes. Los aprecios sobre que se les mandò declarar fueron ocho: el primero contenia el valor de las obras hechas en la casa por los actores; y los otros siete, el valor de la madera, pertrechos, y rexado, de que se aprovecharon, y el importe de las deterioraciones.

3 Los expertos nombrados por los Monges, solo declararon sobre el primer aprecio, omitiendo los restantes; y aunque à instancia de la parte de Ripoll se les mandò declarar sobre todos, no lo hizieron derechamente, valiendose de varios difugios, por considerar, que lo que declarassen no podia dexar de ser perjudicial à los Monges. En quanto al valor de las obras, se governaron tambien por un testimonio (sacado sin citacion) de una visura que se hizo à contemplacion de la parte contraria, y sin intervencion de ninguno de los que siguen este pleyto, para evadirse los Monges de una execucion, que instò contra ellos Geronymo Escrig, como lo lograron ajustandose con èl, cuyo testimonio lo presentaron estos ante Don Blas Jover en los autos que diò por nulos la Sala.

4 El importe de dichas obras no lo reducen los expertos contrarios à una suma, como devieran, y como lo han hecho los otros; pero juntas las partidas, aun descontando el valor que dan al pertrecho de la ruìna, parece que llegan à 600.lib. Los expertos de mi parte solo dan de valor à las obras hechas por los Monges la cantidad de 287.lib. 11.sueld. Y los nombrados por la Sala de oficio, descontando la madera, y pertrecho de la ruìna, aprovechado en las mismas obras, las valùan èstas en 383.lib. 10.sueld. De la relacion de los primeros no se deve, ni puede hazerse merito, como excessi-

ya

va en lo favorable à los Monges, y defectuosa, ò diminuta en todo lo perjudicial; por cuyo motivo me harè solamente cargo de las otras dos relaciones.

5 El importe de las obras hechas por los Monges, segun los expertos nombrados por mi parte, es 287.lib. 11.sueld. pero los mismos expertos, sobre el aprecio octavo declaran, que al tiempo de su restitucion valia la casa 800. lib. menos del valor que tenia quando el fisco la ocupò; de lo qual resulta, que en ella no solo no ay mejoras algunas, sino que antes bien està deteriorada en suma muy crecida. Esto mismo se infiere por otro medio, y es, que de las referidas 287.lib. 11.sueld. deven descontarse 25. lib. que todos los expertos dan de valor à la madera, medios ladrillos, y material de la ruìna; otras 45. lib. en que mis expertos aprecian el valor de los reboltones que vendieron, ò pudieron vender los Monges; otras 100. lib. en que estiman el rexado de hierro que cerrava el huerto; otras 15.lib. en que aprecian el bolver à hazer de una piedra sola las armas de encima la puerta; otras 117.lib. 18.sueld. 2.din. de las obras conservativas que necessitava la casa quando se restituyò, que son las que hizo el Intendente para poderla habitar: cuyas partidas suman 302.lib. 18.sueld. 2.din. y esta suma es mayor que el importe de las obras de los Monges; y añadiendo à ella el daño causado con la ruìna, y con el uso de los que han habitado la casa, es aun conforme à esta cuenta muy excessivo el importe de las deterioraciones.

6 Lo mismo resulta, segun la relacion de los expertos de oficio, que han apreciado las obras de los Monges en 383.lib. 10.sueld. de las quales se han de descontar 30. lib. en que valùan los reboltones de la ruìna, que vendieron, ò pudieron vender, demàs de la madera, y material que aprovecharon en la obra; otras 73.lib. 16.sueld. en que estos expertos valùan el rexado de hierro que falta del huerto; otras 6. lib. en que aprecian el remendar el escudo de armas de la puerta; otras 300.lib. en que valùan el daño causado à la casa con la ruìna; otras 70. lib. en que estiman el daño causado con el uso de los que la han habitado durante el confisco; y otras 117. lib. 18. sueld. 2.din. que gastò el Intendente en las obras conservativas que necessitava la casa al tiempo de su restitucion: cuyas partidas juntas importan 597. lib. 14. sueld. 2. din. y por consiguiente exceden en 213.lib. 18.sueld. 2.din. al valor que los expertos de oficio dan à las obras hechas por los Monges.

§.

7 Baxo este supuesto procede con claridad esta primera excepcion, que consiste en no aver mejoras en la casa; porque mejoras solo se llama, y puede llamar aquella suma, que al tiempo de restituir la finca, la constituye de mas valor del que tenia quando se la quitaron al dueño; Garcia *de expens. cap.* 1. *num.* 8. ibi: *Melioratio dicitur augmentum illud, quo res melior fit*; en tanto grado, que si la casa solamente se halla estàr mejorada en cien libras, no deve el dueño satisfacer mas, aunque el posseedor justifique aver gastado ducientas, ò mil, *leg. in fundo* 38. *ff. de rei vindic.* ibi: *Finge & dominum eadem facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est*; D.Cresp. *observ.* 117. *num.* 167. *cum plurib. seq.* Garc. *de expens. cap.* 24. *in princ. & per tot.* Cens. *de censib. decis.* 541. *num.* 1. *&* 2. D.Olea *de cess. jur. tit.* 4. *quæst.* 7. *num.* 32.

8 De manera, que es supuesto precisso, condicion *sine qua non*, y regla elemental en el assunto, que ha de aver mejoras para poderlas pedir; esto es, que la casa se ha de bolver al dueño mas estimable, y de mas valor, que el que tenia quando la dexò de posseer: y no basta dezir que las ay respeto de los Monges, ù del tiempo en que ellos han posseìdo la finca; porque para pedirlas al dueño, han de ser las mejoras respeto dèl, y de la casa: de forma, que èsta ha de valer mas que quando se la quitaron, y el dueño se ha de enriquecer con la obra, como resulta del texto, y doctrinas que se acaban de referir; y tambien del §. *ex diverso* 30. *inst. de rer. divis. leg. adeò* 7. §. *ex diverso* 12. *ff. de adquir. rer. dom. juncta leg.* 14. *ff. de condit. indeb.* ibi: *Æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*; y assi lo explican comunmente los Institutistas, è Interpretes en dichos textos.

9 Todo lo qual procede en este caso con duplicada razon: porque la finca, que se supone con mejoras, està deteriorada; y el dueño, que devia estàr enriquecido con la obra, padece detrimento, mediante valer menos la casa de lo que valia quando se la quitaron: y respeto de una misma finca, y de una persona misma, no puede dezirse que ay mejoras, y deterioraciones, ni que ay lucro, y daño, segun la doctrina de Barbos. *tract. var. axiom.* 58. *num.* 3. *&* 4. y de Roxas *de incomp. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 6. *part.* 4. *cap.* 5. *num.* 5. *part.* 5. *cap.* 1. *à num.* 20. *& part.* 6. *cap.* 1. *& seq.* Y ademàs de la repugnancia natu-

tu-

tural, seria contra las reglas y disposiciones de derecho obligar al dueño à pagar mejoras de una casa que se le restituye deteriorada, no por las hostilidades de la guerra, sino por culpa, ò mal uso de los que la han desfrutado.

10 Aun à los posseedores, que verdaderamente han mejorado la finca, se les concede retencion por las mejoras, no en rigor de derecho, sino *ex æquitate*; y esto no para que se utilicen, sino para que no queden perjudicados; Gomez *leg.*46. *Taur. num.* 1. *&* 2. D. Olea *tit*4. *quæst.*7. *num.*32. ibi: *Beneficium retentionis, quod ex æquitate conceditur bonæ fidei possessori, non ut lucrifaciat, sed ne damnum sentiat.* Y esta equidad que favorece à otros posseedores, la tienen en este caso los Monges contra sì, porque ellos no han gastado cosa alguna de su patrimonio, aviendo hecho la obra con el importe de los arquileres, que devian ser del dueño, como se expondrà al *num.* 44. y assi, mas digno de equidad, y comiseracion es el dueño, que ha perdido los frutos, y el mas valor que tenia la casa, que no los Monges, que quedan utilizados con lo que descontado el valor de la obra importan los arquileres.

11 Se tienen por tan solidos, è inquestionables los principios, y fundamentos desta excepcion, que desde luego nos apartamos de ella, si se encuentra Autor alguno, aun el de mas inferior nota, que limite la regla referida en el modo que pretenden los Monges; esto es, que el dueño deve pagarles mejoras, si las huviere, respeto dellos, y de su tiempo, aunque no las aya respeto del dueño, y de la casa; pero no encontrando texto, ni Autor que apoye la limitacion en que los Monges se fundan, se deverà resolver el punto segun la regla elemental que favorece al dueño.

12 Para explicar mas el discurso, me valgo deste exemplo. Pedro diò gratuitamente à Juan la habitacion de una casa mientras viviesse, y se fue à Indias. Juan muriò, dexandola en el mismo estado, y estimacion, y nombrò heredero à Francisco: èste la posseyò como dueño dos, ò tres años, y abusando della, la maltratò en 200. lib. Despues, creyendo ser suya, y del difunto, la vendiò à Pablo, y èste la comprò tambien con buena fee, y gastò 200. lib. en repararla de dichas deterioraciones. Bolviò Pedro de Indias, pidiò, y le restituyeron la casa. En esta especie, ù otra semejante, digo, que no he podido encontrar, ni espero se encuentre Autor que diga, que las 200. lib. de las mejoras, que hizo Pablo, las deve pagar Pedro, que

es

es el dueño; pues quien deve pagarlas es Francisco, que la vendiò, y para ello le compete à Pablo la accion de eviccion, la qual es no solo para que le buelva el precio de la casa, sinò *ad interesse*: esto es, para que demàs del precio, le satisfaga tambien los daños que se le han ocasionado, ò interès que ha perdido; y por consiguiente, para que le pague las mejoras, segun doctrina expressa de Hermos. *in leg.32. tit.5. part.5. glos.6. num.*18. ibi: *Et datur emptori ultra pretium ad interesse, in quo insunt expensę, & meliorationes, & augmenta, quibus res facta est melior.*

EXCEPCION II.

13 LA segunda excepcion es, que aun en el caso negado de aver algunas mejoras, estàn satisfechas por el fisco en mucha mayor cantidad de la que pueden valer; porque la casa se les adjudicò à los Monges en 1200. lib. à tiempo que valia 2500.lib. segun la relacion de los expertos de mi parte, y aun 2600. lib. segun los peritos de oficio: de manera, que el fisco se les diò por 200. lib. menos de la mitad del justo precio; ò por 1400. lib. menos de su justo valor.

14 Con esta superabundante rebaxa del justo, y verdadero precio de la casa, les pagò el fisco à los Monges el importe de las obras que necessitava, para restituirla al estado que tenia al tiempo de la confiscacion; del mismo modo que el que vende una casa, hipoteca de un censo, y del verdadero precio rebaxa, ò descuenta el capital del censo à que està tenida: en cuyos casos, el menos valor, ò precio con que se adquiere la casa, sirve de paga, ò satisfaccion de la carga de censo, ù obras que lleva sobre sì, porque semejante carga disminuye el precio; D. Salgad. *part. 3. labyr. cap.* 11. *num.* 4. Amat. *var. part.2. resol.6*1. *à num.*16. Hermos. *in leg.56. tit.5. part.5. glos.6. à num.96.* Bas *part.* 1. *cap.* 30. *num.* 139. *vers. secundo, & num.* 140. ibi: *Quia videtur census, aut onus pars pretii*; pues no deviendo presumirse fraude en la adjudicacion, la rebaxa del precio deve atribuirse al gasto, que se considerò precisso en el mercenario, para resarcir el daño, que el fisco avia ocasionado, haziendo Hospital la que se fabricò para habitacion de una sola familia.

15 Desta excepcion de paga, que compete al fisco, se ha valido mi parte en este pleyto, oponiendola contra la demanda de los

acto-

actores, como con efecto la ha opuesto, y la puede oponer, no solo por aver quedado los Monges sin accion, ni derecho alguno para pedir, sino por la regla general que trae el señor Olea *tit. 3. quæst. 2. num. 46. tit. 4. quæst. 3. num. 25. & quæst. 7. num. 31.* mayormente aviendo restituido à mi parte la casa, no los dichos Monges, sino el fisco mismo, que se la quitò, que es à quien mi parte podia pedir el daño de la ruina, y el que lo devia satisfacer, como se dirà en la siguiente excepcion.

§.

16 Contra el fundamento referido se ofrece el reparo, de que la adjudicacion no fue permanente, porque el fisco quitò à los Monges la casa que les avia dado para restituirla à su dueño; pero se responde, que si la merced de aquellos fue remuneratoria, ò por causa onerosa, tendràn accion, y derecho para acudir al Principe à que les dè equivalente: porque si el Rey le quitasse à Antonio una finca, que indisputablemente era suya, para darmela à mi, en virtud de averse obligado à darmela por causa publica, (qual es el tratado de paz) Antonio no tiene accion alguna contra mi, sino contra el Rey, para que le dè el justo cambio, ò equivalente, *leg. 2. tit. 1. part. 2. leg. 31. tit. 18. part. 3.* Hermos. *in leg. 53. tit. 5. part. 5. glos. 1. num. 18. & seq.* con muchos que cita, y otros que omito: y si los Monges, en el caso de ser la finca indisputablemente suya, no tendrian accion, ni derecho contra mi; mucho menos lo han de tener no siendo suya indisputablemente.

17 Supongamos que el fisco no les huviera pagado el importe de las obras con el menos valor de la casa, sino que èsta se la huviera dado, no por las 1200. lib. en que se les adjudicò, sino por las 2600. lib. que valia, segun el aprecio de los peritos nombrados de oficio; pero que les huviesse dado el fisco en dinero 200. lib. para que hiziessen las obras: en este caso, aunque el Rey les quitasse despues la casa para bolverla à su dueño, no podrian pedir mejoras, porque yà las tenian pagadas; lo que podrian pedirle al Rey era el cambio, ò equivalente de lo que les quitò: luego lo mismo se ha de dezir en el caso que ha sucedido; pues el averles pagado el fisco en dinero, ò en otra cosa el importe de las obras, no puede mudar la decision.

18 Añadese tambien otro convencimiento, y es, que los bie-

nes

nes confiscados se adjudicaron por el fisco con la tacita condicion de averlos de restituir en consequencia de la paz, y baxo esse supuesto los admitieron los mercenarios, y los han posseido, y desfrutado siempre, cuya tacita condicion tiene la misma fuerça que la expressa, Vela *diss.12. num.12.* Hermos. *in leg.2. tit.1. part.5. glos.5. num.1. & 2.* Barbos. *tract.var. axiom.218.* Castill. *lib.4. contr. cap.27. num.38.* D.Salgad. *part.2. de protect. cap.13. à num.* 105. Y aviendose contentado los Monges, por paga de las obras, con la esperança de desfrutar mas, ò menos tiempo la parte de casa que se les diò con esse fin, ni al Rey, ni al dueño le pueden pedir mejoras: mayormente no excediendo estas de 200. lib. y valiendo la casa al tiempo de la adjudicacion 1400. lib. mas del precio en que el fisco la estimò, segun las relaciones de los expertos, y especialmente de los que se nombraron de oficio.

EXCEPCION III.

19 LA tercera excepcion es, que aun en el caso negado de aver en la casa algunas obras no satisfechas, no seria del cargo de mi parte la satisfaccion, sino del fisco, à quien los Monges devian acudir. Esta excepcion contiene dos partes: la primera es, que el fisco està obligado à satisfacer los daños, y menoscabos de la casa; y se funda en el hecho verdadero, que resulta de los autos, tocante à que al tiempo de la confiscacion tenia todos los quartos, y oficinas corrientes, habitables, y capaces de servir; y que aviendola franqueado el fisco à los pobres de la misericordia, haziendo Hospital, la que se fabricò para habitacion de una familia sola, se ocasionò la ruina de la cocina, de averse podrido la pared exterior con la gran copia de agua, que estando los pobres echavan por los conductos, y el poco cuidado de limpiarlos.

20 Supuesto el hecho referido, no es dudable, que el fisco deve resarcir, y pagar los daños, y menoscabos que ha tenido la casa durante la confiscacion: lo uno, por la regla comun, y vulgar, de que el daño deve satisfacerlo el que lo ocasiona, *leg.21. tit.ult. part.7.* mayormente resultando de mi probança, y aun del testimonio mismo de la confiscacion, que el fisco le diò à la casa diversa destinacion de la que avia tenido, y devia tener, pues hizo Hospital, y habitacion de muchedumbre indefinida, la que se fabricò para una familia limitada.

Lo

21 Lo otro, porque en virtud del *cap.9.* de la paz, ſe incorporò el fiſco de los bienes confiſcados para reſtituirlos à ſus dueños, como con efecto los reſtituyò; y eſtando por dicho capitulo obligado à la reſtitucion, deve reſtituirlos en la conformidad que eſtavan quando ſe confiſcaron, porque el obligado à reſtituir una coſa, no cumple, ni ſe entiende reſtituirla, ſi la reſtituye deteriorada, *leg. ſed mihi 3. §. ſi reddita 1. ff. commod. leg. 1. §. ſi res 16. ff. depoſ. leg. ſi ſervus 32. §. 1. & verſ. item, ff. de ſolution. leg. mulieres 13. §. 1. & leg. labeo 14. ff. de verb. ſignif.* D. Salgad. *de reg. protect. part.4. cap.9. à num.* 182. en tanto grado, que no excede el executor en hazer pago al dueño de las deterioraciones de la finca mandada reſtituir, aunque en la ſentencia no ſe huvieſſe hecho mencion de ſemejantes deterioraciones, ſegun la doctrina del ſeñor Salgad. *dict. cap.9. à num.*182.

22 Eſta obligacion del fiſco ſe convence tambien con la reflexion, de que el *cap. 9.* de la paz de Viena, ni otro de los tratados antecedentes, como el de la paz de Londres, Baden, Utrech, Rinſvich, y Nimega, no haze mencion alguna de mejoras, ni deterioraciones; y ſiendo como es el dicho *cap.9.* en todo favorable à los dueños de los bienes que manda reſtituir, y perjudicial à los que los desfrutavan, mas razon ay para que en èl ſe entienda comprehendida la ſatisfaccion de los daños, y deterioraciones, que la ſatisfaccion de las mejoras: de cuyo argumento ſe vale tambien el ſeñor Salgad. *dict. cap.9. num.*200. *& ſeq.* añadiendo otra razon, y es, que el dueño en pedir las deterioraciones trata de damno vitando, y el que pide mejoras trata de lucro captando; de manera, que aunque el fiſco, ni el Rey no eſtè tenido à los daños cauſados con las bombas, artilleria, ù otras hoſtilidades de la guerra, ſiendo èſta tan juſta, no es dudable, que (demàs de los otros motivos que aqui concurren) ſolo por la reſtitucion mandada hazer en dicho *cap. 9.* deve ſatisfacer los daños, y deterioraciones que huviere ocaſionado el fiſco miſmo, ò el que en ſu nombre ha poſſeìdo la caſa.

§.

23 La ſegunda parte de eſta tercera excepcion es, que en el caſo negado de deverſe à los Monges algunas mejoras, no deven pedirlas à mi parte, ſino al fiſco; y ſe funda lo primero, en que la reedificacion de la cocina, y pared arruinada, no es mejora para el dueño,

ño, sino resarcimiento del daño que se le causò: y no aviendo mejoras algunas respeto del dueño, las que huviesse respeto del fisco, que les entregò la casa con la cocina, y pared arruinada, las podràn pedir al fisco; pero no à mi parte.

24 Lo segundo, porque ni la instancia de mejoras, ni la retencion por ellas, ni la excepcion doli mali tienen lugar, sino es en el caso de enriquecerse el dueño con la obra; esto es, de valer la casa al tiempo de su restitucion, mas de lo que valia quando se la quitaron, *§. ex diverso 30. inst. de rer. divis. leg. adeo 7. §. ex diverso 12. ff. de adquir. rer. domin.* ibi: *Poterit per exceptionem doli mali repelli*; *juncta leg. 14. ff. de condit. indeb.* ibi: *Æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem*; y assi lo advierten, y explican comunmente los Institutistas, è Interpretes en dichos textos, como queda dicho sub *num.* 8. en cuya consequencia, seria contra las reglas, y disposiciones de derecho, hazer pagar mejoras à mi parte de una casa que se le buelve deteriorada.

25 Lo tercero, porque el fisco en este caso tenia obligacion de hazer las obras que han hecho los Monges, para restituir à mi parte la casa en la conformidad que estava al tiempo de la confiscacion, como yà queda fundado; y no aviendo hecho con semejantes obras el negocio de mi parte, sino el del fisco, que las devia hazer à su costa, no tienen mas recurso, que acudir al fisco con la accion *negotiorum gestorum*, à pedir que se las satisfaga, si no se las tiene satisfechas. Esto mismo procede, y tiene lugar quando Pedro me paga, y yo cobro dèl cien libras que me deve Francisco; ò quando aquel haze à mi favor una cosa, que Francisco devia hazer: pues en tal caso, Pedro no tiene accion alguna contra mi, que recibì lo que se me devia, sino la accion *negotiorum gestorum* contra Francisco, por averle librado de la deuda, ù de la obligacion à que estava tenido, *leg. solvendo 39. ff. de negot. gest. leg. sive 3. Cod. eod.* ubi Barbos. *leg. 32. tit. 12. part. 5.* D. Salgad. *part. 3. labyr. cap. 8. à num. 46.* Carlev. *de juridic. tit. 3. disp. 35. num. 26.*

26 Lo quarto, porque durante la confiscacion, todas las acciones que competian contra el fisco, se han dirigido siempre contra los mercenarios, considerando adjudicados tacitamente los bienes con las cargas, y obligaciones à que estavan sujetos: y assi, ò la casa passò à los Monges con el gravamen de las obras, y en tal caso no deven pedirlas, por averlas hecho en exoneracion suya; ò pas-

sò ſin èl; y en eſte caſo deven pedirlas al fiſco, en cuya exoneracion las hizieron.

27 Lo quinto, porque quando ceſſaſſen los fundamentos antecedentes, no es dudable, que mi parte tiene derecho para pedir al fiſco los daños, y deterioraciones de la caſa; y que caſo de pedir los Monges al fiſco las mejoras, les puede èſte oponer la excepcion de paga, ò la leſion que huvo en averles adjudicado la caſa en 200. lib. menos de la mitad del juſto precio. Y aviendoſe valido mi parte, y podido valer deſta excepcion, que el fiſco tiene contra los Monges, como ſe fundò al *num.* 15. y reſulta de la doctrina del ſeñor Olea *tit.* 4. *quæſt.* 3. *num.* 25. *& quæſt.* 7. *num.* 31. ſe le deve abſolver de la demanda, por evitar circuitos, y tambien por evitar la repugnancia natural, y legal, que incluye el obligarle à pagar mejoras de una caſa que ſe le reſtituye deteriorada en cantidad muy crecida.

EXCEPCION IV.

28 LA quarta excepcion es, que aun en el caſo ſiempre negado de aver en la caſa algunas mejoras no ſatisfechas, de aquellas à que ſuelen eſtàr tenidos los dueños de las fincas, no devria ſatisfacerlas mi parte, por ſer la caſa de mayorazgo, y aver prevenido el fundador, que el que poſſeyeſſe las fincas, no pudieſſe pedir mejoras, ſino que perdieſſe las que hiziera; queriendo al parecer, que ſe contentaſſe con los frutos, ò que con ellos ſe entendieſſen compenſadas. El ſer la caſa de mayorazgo, ſe ha provado con inſtrumentos, y teſtigos; y el eſtàr prohibida la detraccion de mejoras, conſta de la clauſula expreſſa de la fundacion, que eſtà en los autos: ſegun la qual es evidente, que ſi Don Felipe Clara (por cuyo delito ſe apoderò el fiſco de la caſa) huviera hecho las obras que han hecho los Monges, no podrian ſus herederos pedir mejoras al ſucceſſor. Es igualmente cierto, que el fiſco ſuccediò como heredero à dicho Don Felipe, y que eſtà tenido à todo lo que eſtava tenido aquel; D. Molin. *lib.* 1. *de primog. cap.* 24. *num.* 22. ubi Addent. Antun. *de donat. lib.* 3. *cap.* 21. *num.* 7. y tambien es certiſsimo, que los Monges no han tenido mas derecho en la caſa, que el fiſco, ni èſte pudo traſpaſſarles mas derecho del que tenia en ella, *leg. nemo plus juris* 54. *ff. de reg. jur. cap. nemo poteſt* 79. *de reg. jur. in* 6. *leg.* 12. *tit. ult. part.* 7. luego es conſequencia legitima, que los Monges no

pue-

pueden cobrar mejoras, porque no tienen mas derecho que el fisco, ni èste que Dõn Felipe, que no podria cobrarlas.

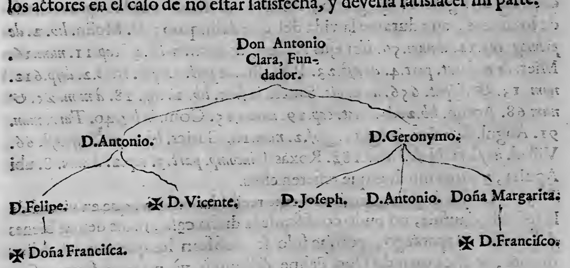
29 Ni obsta lo que en contrario se alega, de que el posseedor del mayorazgo devia saber la dicha prohibicion, y que la parte contraria, como ignorante de ella, hizo las obras con buena fee; porque el ser la casa de mayorazgo era publico, y notorio, como tambien, que segun derecho, no passa al fisco el dominio de semejantes bienes: y aunque algunos defienden, que pueden confiscarse los frutos, y emolumentos durante la vida del posseedor, esto se entiende solo en aquellos mayorazgos, que no tienen la precaucion de passar al siguiente en grado un dia antes de cometer el delito; pues en tal caso, ni aun en los frutos procede la confiscacion, como se fundarà al *num.* 32. Y en fin, el que fabrica, si quiere despues pedir mejoras, deve averiguar, y saber antes la calidad, y circunstancias à que està afecta la finca, mayormente aviendola adquirido con la tacita condicion de restituirla en consequencia de la paz, como se dixo al *num.* 18. y no aviendo persona, que no estuviera en la inteligencia firme, y segura, de que se avian de restituir los bienes confiscados, como con efecto ha sucedido, y aun han desfrutado dichos bienes mas tiempo de lo que se creìa, porque nadie pensò que duraria tanto la guerra, y por lo mismo no se hallava quien los quisiesse comprar, ni admitir en pago de lo que le devia el posseedor.

30 Si los Monges huvieran comprado una casa de mayorazgo del mismo que lo estava posseyendo, creyendo que era libre, y despues de muerto les pidiesse la casa el que sucediò en el mayorazgo, no les bastaria alegar la buena fee, y la ignorancia de la prohibicion de enagenar puesta en la fundacion. Pues sin embargo de uno, y otro, serian condenados à restituirla con los frutos desde la muerte del ultimo posseedor; Gom. *in leg.*45. *Taur. num.*106. & 117. *in fin.* D.Molin. *lib.*3. *de primog. cap.*12. *num.*18. con otros que se citaràn en la siguiente excepcion: luego tampoco puede sufragarles la ignorancia de la prohibicion de pedir, y detraer mejoras puesta en nuestro mayorazgo: porque asi como el que compra deve averiguar si la enagenacion de la finca estava prohibida; asi el que fabrica, si quiere pedir mejoras, deve procurar saber si està prohibida la detraccion dellas; y el no averlo hecho, ha de ser de su cuenta, pues es temeridad hazer obras sin la dicha averiguacion, en una casa agena, sujeta à la contingencia de restituirse à su dueño quando la pidiesse, ò à

lo menos quando se hiziesse la paz, *dict. §. ex diverso 30. inst. de rer. divis. dict.leg. adeo 7. §. ex diverso 12. ff. de adquir. rer. domin.* ibi: *Nam scienti solum alienum esse, potest objici culpa, quod ædificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

EXCEPCION V.

31 LA quinta excepcion es, dever el fisco, y los Monges satisfacer à mi parte los arquileres del tiempo en que cada uno ha desfrutado la casa, cuyo importe total tiene protestado, porque en este pleyto solo ha pedido por via de reconvencion, ò compensacion, lo que fuere bastante para cubrir la cãtidad, que legitimamente pueden pretender los actores en el caso de no estàr satisfecha, y deverla satisfacer mi parte.



Esta excepcion deve atenderse con especialided, por ser la de mayor interès; y para su inteligencia se ha de tener presente, que la dicha casa es de mayorazgo: que posseyendolo Don Felipe Clara, se fue con los enemigos el año de 1707. por lo qual fue condenado en pena de muerte, y confiscacion de bienes: que à esse tiempo vivian, y se mantuvieron en los dominios del Rey Don Vicente Clara, mi parte, su hermano entero, y Don Joseph, y Don Antonio Clara sus primos, que murieron sin sucesion el año de 1719. y 1723. y dexaron heredero à dicho Don Vicente: que Don Felipe Clara muriò tambien en Napoles el año de 1718. y que ha sucedido en sus derechos, y herencia Doña Francisca Clara y Sanz su hija, y mi parte: que Don Francisco Clara y Muro mi parte, fue declarado successor de dicho mayorazgo el año de 1723. y en fin, que en mis partes ha recaìdo el derecho de succesion al mayorazgo, y el de pedir las rentas, y frutos desde que Don Felipe se passò à los enemigos, como todo consta plenamente de los instrumentos presentados.

32 El mayorazgo lo fundò Don Antonio Clara el mayor en su testa-

 men-

mento, y codicilo, cuyas clausulas estàn en los autos; y en una dellas previno, que el successor, ò posseedor, que cometiesse delito, por el qual le confiscassen los bienes, perdiesse la *succession, y possession*, y passasse al siguiente en grado; y en el codicilo añadiò despues, que perdiesse la *succession, y possession* un dia antes de cometer el delito; y que solo le dexava cinco sueldos por legitima, y por qualquier otro derecho, ibi: *Un dia antes sea privado de la possession, y pierda aquella, y passe in continenti al successor, &c.* cuya clausula puede ponerse en los mayorazgos, y llegado el caso tiene el devido efecto, mayormente en los que estàn como este fundados sin facultad real; pues en ellos, assi el dominio, como la possession civil, y natural, luego que se ha de cometer el delito, passa en virtud de dicha clausula al siguiente en grado, sin que el fisco pueda aprovecharse de los frutos, aun durante la vida del que delinquiò; D. Molin. *lib. 2. de primog. cap.12. à num.56.* ubi ejus Addent. & iterum *lib.4. cap.11. num.16.* Mier. *de majorat. part.4. quæst.23.* P. Molin. *de just. & jur. tract.2. disp.612. num. 13. & disput. 656. num. ult.* Sanch. *in sum. lib. 2. cap. 18. à num. 25. & num.68.* Antun. *lib.2. de donat. cap.29. num.115.* Gom. *in leg. 40. Taur. num. 91.* Angul. *de melior. in leg.11. glos.2. num.10.* Gutier. *lib.2. pract. quæst. 66.* Villad. *in form. libel. à num.182.* Roxas *de incomp. part.3. cap.2. à num.* 8. ubi Aguila, y otros muchos que refieren estos.

33 Destas doctrinas comunmente recibidas resulta, que en virtud de la referida clausula, no pudo confiscarse la dicha casa, ni los demàs bienes del mismo mayorazgo, porque solo se confiscan los que son del delinquente, y estos quando Don Felipe delinquiò yà no eran suyos, sino del siguiente en grado. Assi lo declarò el Consejo Real de Castilla en juizio contradictorio con el señor Fiscal, por sentencias de vista, y revista de 5. y 26. de Setiembre de 1709. en que intervinieron los señores Marqueses de Andia, D.Garcia de Araciel, Conde de Valdelaguila, D.Pasqual de Villacampa, D.Francisco Portell, Conde de la Estrella, y D.Francisco Quiroga; pues aviendo el tutor de D. Ignacio Cerverò seguido pleyto en el juzgado de confiscaciones desta Ciudad, sobre que en virtud de semejante clausula se le devian restituir los bienes de un mayorazgo que poseia su padre, y los ocupò el fisco, por averse este passado à Barcelona, fue absuelto el Fiscal desta demanda por sentencia del señor Macanàs. y aviendo apelado el tutor al Consejo, se revocò por las sentencias de vista, y revista referidas, y se le mandò dar la possession, como con efecto se le diò viviendo su padre, que todavia vive, como todo consta del testimonio de la executoria, y possession, que està en los autos.

34 De lo referido se infiere, que no aviendo passado al fisco, ni à los Monges el dominio de la casa, ni tampoco la possession civil, no pudieron

ron adquirir los arquileres, y que deven restituirlos al siguiente en grado, à quien por ministerio de la ley passò ipso jure la dicha possessiòn, porque sin ella no es bastante la buena fee para la adquisicion de los frutos; Gom. *in leg. 45. Taur. num. 106.* ibi: *Quia civilis possessio sola est causa acquisitionis fructuum, & jura quæ dicunt, quod bonæ fidei possessor facit fructus suos pro cultura, & cura, debent intelligi quando habet civilem possessionem*; y poco despues añade: *Item infero, quod si possessor majoratus vendat rem alteri, qui habet eam titulo, & bona fide; quod mortuo possessore fructus pertinebunt successori cum per istam legem Tauri transeat in eum possessio tàm civilis, quàm naturalis, & non pertinebunt emptori, & detentatori*; D.Molin. *lib. 3. cap. 12. num. 18.* ibi: *Cum in majoratus successorem possessio civilis, & naturalis pertranseat etiam tertio possidente, quod penès illum tertium non potest esse possessio civilis, nec naturalis: cum duo non possint unam, atque eamdem rem in solidum possidere; sed solum habebit nudam facti detentationem. Ideoque nec poterit præscribere, nec lucrari fructus, &c.* Paz de *Tenut. part. 1. cap. 11. num. 11.* Mieres, Acebedo, y otros que citan los Addent. *ad dict. num. 18.* y este es el motivo de salir las sentencias de mayorazgo con la restitucion de frutos, desde la muerte del ultimo posseedor, aunque los bienes ayan estado en poder de terceros posseedores de buena fee.

35 Que al fisco no passasse el dominio de la casa, ni la possessiòn civil, (que es de la que dimana la adquisicion de los frutos) es constante, no solo por resistirlo la voluntad del fundador, que aun en tiempo de los fueros devia observarse como ley, *fuer. 54. rubr. de testam.* sino porque passò al siguiente en grado, en virtud de la *ley 45. de Toro*, que se introduxo en este Reyno antes del delito de D.Felipe, y de la confiscacion de sus bienes; pues el delito fue averse ido al tiempo mismo que entraron nuestras tropas, y no aver buelto en el termino de los vandos: demanera, que la querella fiscal contra èl no se puso hasta el dia 24. de Março de 1708. el auto de prision, y sequestro de bienes no se proveyò hasta el dia 29. de dicho mes; y la sentencia, condenandole en pena de muerte, y confiscacion, fue en 4. de Agosto siguiente, como resulta del testimonio que està en los autos: de que se convence, que el derecho del fisco, yà se considere desde la sentencia declaratoria del delito, ù desde el dia del sequestro, es muy posterior à la introduccion de las leyes de Castilla.

36 Demàs, que al fisco nunca podia passar la possessiòn civil hasta tener la natural; ò hasta que aprendiesse los bienes, ò se ocupasse dellos, y esto fue despues de las nuevas leyes: y assi, ò la possessiòn civil, por ministerio de la *ley 45. de Toro*, y de la voluntad del fundador, passò al siguiente en grado, (que entonces era D. Joseph Clara, hermano de Doña Margarita, de quien es heredero D.Vicente, como queda dicho) ò

la

la conservò, y retuvo el mismo D.Felipe, como del ausente dize Gomez *in dict. leg.* 45. *num.* 105. y si D. Felipe retuvo la possession civil hasta su muerte, que fue el año de 1718. segun consta de los autos, y por muerte dèl passò à D. Joseph, en virtud de la *ley* 45. sobran los arquileres devengados desde el año de 1718. para cubrir el importe de las mejoras.

37 Pero aunque no bastasse lo referido, y el Auto del Alcalde mayor del año 1723. en que declarò, que por muerte de los dichos D.Felipe, y D. Joseph avia passado la possession civil, y natural à Don Francisco Clara y Muro, hijo de Doña Margarita, (à cuya declaracion por aora se deve estàr, pues nadie ha apelado della, ni pedido que se revocasse) bastaria para el intento el no aver passado, ni podido passar al fisco el dominio de la casa, segun las doctrinas del señor Molin. y sus Addent. de Mier. el P.Molin. Sanch. Antun. Gom. Angul. Gutier. Villad. Roxas, y Aguila, que quedan citadas al *num.*32. pues no adquiriendo el dominio, aun caso negado que huviesse adquirido la possession civil, y natural, actual, real, y corporal, quedaria el fisco, y los Monges en los precissos terminos de posseedores de buena fee, y de dever como tales compensar las mejoras con los frutos percebidos, segun los textos expressos, y doctrinas indisputables, q̃ se referiràn en la siguiente excepcion, baxo los *num.*43. y siguiẽtes.

§.

38 Contra el exemplar de las sentencias del Consejo, se ha alegado en contrario, que no deven decidirse los pleytos por exemplares; pero èste se funda en una voluntad expressa del fundador del mayorazgo, y en una doctrina firme, y segura, admitida de todos los Autores, como lo dizen los Addent. à Molin. *dict. cap.*12. *num.* 56. ibi: *Omnes probant.* Tambien se ha alegado, que no aviendo mi parte movido el pleyto durante la confiscacion, no ha de pedir aora los frutos; pero aunque no se ha presentado testimonio dello, por parecer que no era necessario, es certissimo, que en 6. de Octubre de 1723. puso mi parte demanda en el juzgado de confiscaciones, pidiendo la casa, y los demàs bienes, y que la contestò el Fiscal, y tambien los Monges, en peticion firmada de ambos: desde cuyo tiempo no pueden dexar de considerarse posseedores de mala fee. Y aunque mi parte no huviera puesto tal demanda, puede aora pedir los frutos, porque es muy vulgar, y notorio, que se puede intentar qualquier accion, ò derecho que no estè prescrito, y èste ni se alega, ni se puede alegar que lo estè, por no aver passado tiempo competente para la prescripcion.

39 Deviendo, pues, la parte contraria restituir à la mia los arquileres de dicha casa, que exceden en crecida suma al importe de las obras, (como

luego

luego se dirà) es consiguiente, que en virtud de la compensacion, ù de la reconvencion, y mutua peticion en otra tanta cantidad, de que se ha valido, y vale para este juizio, deve ser mi parte absuelto de la demanda de los Monges.

EXCEPCION VI.

40 LA sexta excepcion es, que aun en el caso que huviessen pertenecido al fisco, y à los Monges los arquileres de dicha casa, por la possession, y buena fee, siendo como son muy excessivos al importe de las obras, deve ser mi parte absuelto de la demanda de mejoras, porque èstas deven segun derecho compensarse con los arquileres, ò frutos. El hecho, tocante al excessivo valor de los arquileres, resulta de los autos, y sobre èl los expertos contrarios (no obstante ser de su pericia) se escusaron declarar; pero los expertos nombrados por mi parte, y por la Sala de oficio, van conformes, en que el arquiler correspondiente à la casa es cien libras, estando la cocina usual, y capaz de servir; y que estando sin uso, ò arruinada, es ochenta libras.

41 De la probança de mi parte, y aun de la contraria, resulta lo mismo; pues con los inquilinos que habitaron la casa antes de reedificarse la cocina, se ha justificado, que los Monges sacavan, ò podian sacar cada año *90.lib.* de arquiler, en esta forma, *36.* lib. ò *37.* que el Retor de San Miguel pagava por la mitad de los quartos altos habitables, y otra tanta cantidad, que correspondia à lo menos à la otra mitad mas principal de dichos quartos altos, que habitavan los Monges, que hazen 72. lib. El entresuelo de la izquierda lo tenian al mismo tiempo arrendado en 12. lib. y el de la derecha en 6.lib. de maneta, que estando derruida, y sin uso la cocina, se ha probado plenamente, que vivian en la casa quatro familias distintas, pagando cada una el arquiler que queda dicho, que corresponde al de *90.* lib. al año.

42 La casa al tiempo de la confiscacion tenia la cocina, oficinas, y todos los quartos usuales, y habitables, como se ha justificado; y en los 18. años que ha estado en el confisco, à razon de 100.lib. importan los arquileres 1800.lib. cuya cantidad es muy excessiva à la que se pretende por mejoras. Y tambien lo es, aun haziendo el computo del tiempo solo en que la han desfrutado los Monges; porque desde 4. de Julio de 1713. en que se les adjudicò, hasta otro tal dia del año 1725. van 12. años, que à razon de las 80.lib. del aprecio importan *960.* lib. y à razon de las *90.* lib. que resultan de la probança, importan 1080. lib. cuya cantidad es tambien muy excessiva al importe de las obras; y esto aun haziendo à los Monges la cuenta del arquiler correspondiente à la casa, estando arruina-

 da,

da, y sin reedificarse la cocina.

43 El punto de derecho, tocante à la compensacion de mejoras, y arquileres, en terminos de posseedor de buena fee, se funda *in leg. sumptus 48. ff. de rei vindic.* ibi: *Sumptus in prædium, quod alienum esse apparuit, à bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque à domino peti possunt: verum exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servantur: scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admisa compensatione, superfluum sumptum meliore prędio facto, dominus restituere cogitur, leg. ceterum 31. ff. eod. leg. quod si 37. ff. de petition. hęred. leg.44. tit.28. part.3.* ibi: *Empero si el esquilmo, algunos frutos, ò rentas de la casa, ò de la heredà, en quanto la tuvo, tenemos por bien se descuente en las despensas. Ca guisada cosa es, que pues èl quiere cobrar las despensas, que asi fizo, que descuente los esquilmos*; y las doctrinas de Garcia *de expens. cap.23. num. 54. & seq.* Amato *part.1. resol.14. num.76.* Velasc. *de jur. emphit. part.1. quęst.25. num.26.* Gama *decis.364.* Gutier. *lib.5. pract. quæst.68. num.17.* Escob. *de ratiocin. cap.16. num.33. & comput.13.* Mier. *de majorat. part.4. quæst. 32. num.* 10. Ciriac. *controv. 83. num. 7.* Peregrin. *de fideicom. art. 50. num. 67.* Leon *tom.1. decis.98. & tom.2. decis.153. num.10.* Bas *in theatr. jurispr. part.1. cap. 20. à num.50.* D.Salgad. *de protect. part.4. cap. 10. num. 84.* Vela *dissert. 38. num.98.* D.Covar. *lib.1. variar. cap.8. num.4.* Gregor.Lop. *in leg. 41. tit. 28. part. 3. glos. 5. in fin.* Pedro Barbos. *in leg. divortio, § ultim. num. 42. 51. 52. & 54. in fin.* Sanch. *summ. moral. lib. 2. cap. 23. num. 79. & 147.* con otros que cita Faria *in addit. ad dict. num.4.*

44 La razon es, porque en derecho no se admiten dos especialidades sobre una misma cosa, y persona; Vela *diss.6. à num.37. dissert.17. num.42. & diss. 34. num. 72.* Gomez *tom.1. var. cap. 2. num. 16. & in leg. 45. Taur. num.91.* D.Molin. *lib.3. de prim. cap.12. num.25.* Hermos. *in leg.7. tit.4. part. 5. glos.2. num.28.* Barbos. *tract. var. axiom.211.* D.Salgad. *part.3. de protect. cap.9. num.204.* como serian llevar por una parte los arquileres, que en rigor pertenecen al dueño verdadero, segun prueva con muchos textos, y Autores el señor Salgad. *part.1. labyr. cap.21. num.24.* ibi: *Fructus siquidem sunt accessio dominii, & dominium sequuntur, quia quod ex re mea nascitur, mihi adquiritur; & part.2. cap.20. num.20. & part. 3. cap. 15. num. 47.* y por otra parte llevar el importe de las obras que ceden al edificio, y se adquieren tambien al dueño dèl, *§. cum in suo 29. inst. de rer. div. leg.7. § cum in suo 10. ff. de adquir. rer. domin.* ibi: *Quia omne quod solo inædificatur, solo cedit*; pues aunque de equidad se dexen al posseedor de buena fee los frutos que devian ser del dueño, y el valor de las mejoras, que ceden al edificio, Gom. *in leg.46. Taur. num.1. & 2.* D.Olea *tit. 4. quæst. 7. num. 32.* ibi: *Beneficium retentionis, quod ex æquitate conceditur bonę fidei possessori, non ut lucrifaciat,*

sed

ſed ne damnum ſentiat; pero quando las mejoras ſe hân hecho con el importe de los frutos, no deven ſatisfacerſe, porque no ſe verifica, que el dueño ſe enriquezca con detrimento del que fabricò; pues ſi aquel huviera percebido los frutos que le pertenecian como dueño, todavia tendria mas utilidad: y el que hizo las obras tampoco padece detrimento, ni diſminuye ſu patrimonio, aviendolas hecho con el valor de los frutos, ò con lo miſmo que diò de sì la finca, que no era ſuya.

45 Finalmente, la compenſacion de los frutos, ò arquileres de la finca, con el importe de las mejoras, que pide el poſſeedor de buena fee, no es queſtion entre los Autores, ſino principio indubitado de derecho, ſin aver quien defienda, ni pueda defender lo contrario; pues lo que en eſtos terminos ſuele queſtionarſe, es, ſi la compenſacion deve hazerſe con los frutos, ò arquileres correſpondientes al eſtado de la caſa, deſpues de hechas las mejoras, ò al que tenia antes de hazerlas: y aunque el ſeñor Covarrubias, con muchos de los Autores citados, es de opinion, que deven contarſe ſegun el nuevo eſtado; yo no he formado ſegun èl la cuenta referida del tiempo de los Monges, ſino ſegun el eſtado que tenia la caſa quando ſe les adjudicò, contando los arquileres al reſpeto de lo que ganò, ò pudo ganar eſtando arruinada, y ſin reedificar la cocina. Y ſiendo aun ſegun eſte computo (que es el mas favorable à los Mõges) muy exceſsivo el importe de los arquileres de la caſa, al gaſto que han tenido en las obras, como queda demoſtrado ſub *num*.40. *& ſeq.* es conſiguiente, que mi parte deve ſer abſuelto de la demanda.

§.

46 Contra eſta ſexta excepcion alega el Abogado contrario, que los Monges han poſſeìdo la caſa como dueños, y que aſsi no deven compenſar los arquileres; pero ſe reſponde, que para eſto no baſta el dominio putativo, ò el penſar, que es dueño el poſſeedor, ſi verdaderamente no lo es: porque el que compra una coſa agena, creyendo ambos contrayentes, que es del que la vende, tambien cree, que ha adquirido el dominio della, y la poſſee como dueño, y ſin embargo, el derecho no lo conſidera como tal, ſino como poſſeedor de buena fee, §. *ſi quis* 35. *inſt. de rer. div.* ibi: *Si quis à non domino, quem dominum eſſe crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione, aliave juſta cauſa acceperit, &c.* y con ſemejante poſſeedor de buena fee tiene lugar la compenſacion de mejoras, y arquileres, como reſulta de los textos expreſſos, y doctrinas, q̃ poco ha ſe han citado. Y el no aver paſſado al fiſco, ni à los Monges el dominio de la referida caſa, ni poder eſtos ſegun derecho ſer tenidos por dueños verdaderos, ni aun por poſſee-

do-

dores legitimos, sino solo por detentadores, consta de todo lo que se expuso sobre la excepcion quinta, y especialmente en el *num.* 32. *& seqq.*

47 Demàs, que aunque el fisco, y los Monges huvieran adquirido el dominio de la casa por el titulo de la confiscacion, aviendo el *cap.* 9. de la paz rescindido, y anulado este titulo, como se dirà despues, queda firme, y subsistente la referida compensacion; Garc. *de expens. dict. cap.* 23. *num.* 58. ibi: *Hęc omnia, quæ de emphiteuta, & aliis dicta sunt, ut fructus non compensent, quos jure dominii perceperunt, intelligenda sunt, nisi titulus rescindatur, quasi à principio numquam fuisset.* La razon es, porque para que el posseedor no deva compensar las mejoras con los frutos, ha de tener un dominio verdadero, cierto, è indubitado, como el que expressan los Autores; y no basta tenerlo questionable, ò litigioso, qual ha sido el de la confiscacion, que siempre ha estado sujeto, y pendiente de lo que se declararia en el Congresso de la paz, donde se ha declarado nulo, sucediendole lo mismo que à la sentencia de la primera instancia, que despues se revoca, ò anula en el Tribunal superior, ò por la de revista, de que trata el señor Salgad: *part.* 4. *de protect. cap.* 14. Hermos. *in leg.* 28. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 2. *num.* 102. y Vela *dissert.* 38. *num.* 96. y aunque èste à *num.* 97. persuade, que el posseedor de buena fee, con titulo erroneo haze suyos los frutos; pero supone que deve compensar con ellos las mejoras, como lo explica al *num.* 98. aun en terminos de posseedor de buena fee con mejor titulo.

EXCEPCION VII.

48 LA septima, y ultima excepcion se funda en el *cap.* 9. de la paz, que en todo es favorable à mi parte, y contrario à la pretension de los Monges. Esta excepcion parece ser de mas, porque la casa de que se trata no està comprehendida en dicho capitulo, pues en la censura de derecho no pudo adquirirla el fisco, ni èl, ni los Monges fuerõ verdaderos dueños, ni posseedores della, sino meros detentadores, como se fundò en la *excep.* 5. baxo los *num.* 32. *& seqq.* pero aunque la decision del pleyto huviera de governarse por las reglas del *cap.* 9. de la paz, deveria mi parte ser absuelto de la demanda, porque en èl se mandan restituir las haziendas, sin hazer mencion alguna de mejoras, no obstante averse hecho mencion dellas en la paz de Castilla, y Portugal del año 1608. cuyos capitulos refiere Antun. *lib.* 2. *de donat. cap.* 29. *num.* 2. en los quales se estipulò la satisfaccion de las mejoras hechas en las fincas, que se mandaron restituir; y de averse estipulado en aquella paz, y no en las de nuestros tiempos, ni en la ultima de Viena, puede inferirse aver sido la mente de los Soberanos, que no se pagassen mejoras: y aun se dize, y corre por cierto, que la Corte

de

de Viena lo ha entendido assi, y que interpone todavia sus oficios con el Rey nuestro Señor, para que mande que se practique en estos Reynos en essa conformidad; y dudandose con tanto fundamento si se deven, ò no mejoras en virtud de dicho capitulo, parece que no ha de ponerse duda en la compensacion dellas con los frutos, ò arquileres.

49 Lo mismo persuade el prevenirse en el *cap.* 9. que los dueños han de bolver al goze de sus bienes, y haziendas, como lo tenian al tiempo que se aplicaron al uno, ù otro partido, sin embargo de las confiscacion s, y sentencias dadas, las quales han de ser como nulas, y no sucedidas; y que les han de quedar subsistentes las mercedes hechas, y à ambas Magest ades los titulos que han tomado: en cuyos terminos, aunque el fisco, y los Monges huviessen tenido el verdadero dominio por el titulo de la confiscacion, aviendose èste rescindido en el capitulo de la paz, se haze lugar à la referida compensacion, como fundè al *num.* 47. con la doctrina de Garcia *de expens. cap.* 23. *num.* 38. Lo mismo resulta de otra de Hermos. *in leg.* 28. *tit.* 5. *part.* 5. *glos.* 2. *num.* 102. y especialmente del señor Salgad. *part.* 4. *de protect. cap.* 14. donde latamente defiende, que quando el titulo se reduce à no titulo, y la causa à no causa, se devè mandar restituir la finca juntamente con los frutos, aunque el posseedor los aya percebido con justo titulo, y buena fee, y en virtud de sentencia de Tribunal competente.

50 La restitucion de frutos de todos los bienes confiscados, como impracticable, y expuesta à gravissimos perjuizios, no se estipulò, ni deviò estipularse en el *cap.* 9. de la paz; pues facilmente se dexa ver la muchedumbre de pleytos, y discordias, que causaria el justificar las personas, que los avian percebido en tan dilatado tiempo, la calidad, y cantidad de los frutos, el valor dellos, y el de las expensas que se devian deducir: pero quando el posseedor desta, ò la otra finca confiscada pide mejoras al dueño, es muy conforme à la mente, y literal inteligencia de dicho capitulo, que se compensen con los frutos percebidos della; y aunque en esto huviera alguna duda, deve resolverse à favor de mi parte, porque el capitulo de la paz es en todo, y por todo favorable à los dueños de las haziendas, que manda restituir, y perjudicial à los que las han desfrutado en consequencia de la confiscacion.

51 Ni se opone à lo referido la orden, que la parte contraria ha presentado, en que su Magestad concediò al Cura de San Martin retencion de una casa confiscada, hasta que se le satisfaciessen las mejoras; pues demàs de los especiales motivos, y circunstancias de aquel caso, si la real orden se dirige solo à declarar que el dicho capitulo no se opone à las disposiciones de derecho, siendo tan conforme à èl la compensacion de mejoras, y frutos, que llevo alegada, no estarà prohibida: y assi, el posseedor que en na-

da huviere desfrutado la finca, podrà pedir todo el importe de las mejoras; el que la aya desfrutado menos de lo que gastò, podrà pedir el excesso; y el que la aya desfrutado tanto, ò mas, no podrà pedir cosa alguna: ni cabe poder dar otra interpretacion; porque si el *cap. 9.* es en todo favorable à los dueños de las haziendas, y perjudicial à los que las han posseìdo, còmo es creible, que fuesse la mente de los Soberanos violentar las disposiciones de derecho en perjuizio de los dueños, por favorecer à los posseedores?

52 Finalmente, no puede darse en quanto à esto mejor, ni mas clara interpretacion de dicho capitulo, que la que S.M. el Consejo de hazienda, y los Intendentes uniformemente le han dado; pues siendo cierto, que passarà de 50000. lib. lo que ha gastado el fisco en obras, y reparos de las haziendas confiscadas deste Reyno, à ninguno han pedido hasta aora la mas minima cantidad, considerando las dichas mejoras compensadas con los frutos percebidos. Y siendo el fisco, y la real hazienda mas privilegiado, y mas digno de los favores del derecho, que los Monges; si à S. M. y à sus ministros les ha parecido que no devian pedir tan crecidas sumas, por estàr superabundantemente satisfechas, y compensadas con los frutos, què razon avrà para no admitir la misma compensacion en las que han hecho los Monges? Mayormente assistiendo à mi parte contra estos tan especiales motivos, como son: El 1. no aver mejoras algunas en la casa. El 2. estàr satisfechas por el fisco, caso que las huviera. El 3. no ser del cargo de mi parte la satisfaccion. El 4. estàr prohibida la detraccion, y demanda de ellas. El 5. ser mi parte acreedor à los Monges en excessiva cantidad, por no aver podido confiscarse la dicha casa, ni adquirir ellos, ni el fisco el dominio della, ni de los arquileres. El 6. deverse conforme à derecho compensar las mejoras con los frutos, aunque el fisco, y los Monges los huviessen hecho suyos por la possession, y buena fee. Y el 7. ser muy conforme al *cap. 9.* de la paz la sentencia favorable, que mi parte espera de la superior censura de la Sala.